

NUOVI LINGUAGGI UNIVERSITARI

Roberto Bin

COME RAGIONANO I GIURISTI (E COME IMPARARE A FARLO)

Casi, racconti e qualche consiglio

INTRODUZIONE

Avrei voluto intitolare questo volumetto *Gradus ad Parnassum*. Il Parnaso era il monte sulla cui cima la mitologia greca aveva collocato la dimora delle Muse. La «salita al Parnaso» la doveva affrontare chiunque volesse imparare un'arte. Muzio Clementi scrisse il *Gradus ad Parnassum* per raccogliere 100 esercizi pianistici su cui consigliava l'aspirante artista di esercitarsi per imparare a suonare. «*L'arte s'insegna con l'esempio*», avvertiva Clementi. Faccio mio il suo motto.

Lo scopo di questo libro è di fornire a chi inizia gli studi di diritto una spiegazione del modo in cui ragionano i giuristi. Il metodo è l'esempio.

I giuristi sono oggetto di molti pregiudizi e facile bersaglio di diverse storiette divertenti. L'azzeccagarbugli è un personaggio caricaturale che è sempre apprezzato. Lo è da sempre, sin dalle società più antiche: si dice che sia il secondo mestiere più antico del mondo... Facile ironia! È un mestiere, quello dell'avvocato, che in fondo non è mai cambiato moltissimo. Ancora oggi i giuristi di tutto il mondo fanno un uso frequentissimo di termini, espressioni e argomenti tratti dal *diritto romano*, cioè dal lascito di giuristi vissuti duemila anni fa. Come mai?

La risposta sta nel modo di ragionare dei giuristi, che oggi non è molto diverso da quello di Cicerone o Giustiniano. È un modo di ragionare che serve a raggiungere la soluzione di un conflitto. La gente litiga; litigano le persone, litigano le città, litigano gli Stati: e tutti pretendono di avere ragione e forse un po' di ragione la hanno. Il diritto nasce dal conflitto: per risolverlo è necessario che ci pensi un giurista, che sia capace di raggiungere conclusioni convincenti, anche se non possono essere "dimstrate" vere. Quello che di solito non piace dei giuristi è proprio questo: il loro mestiere è "convincere", non "dimostrare". Nel mondo del diritto non ci sono certezze, e questo spiazza molti che iniziano lo studio del diritto. Se non si è disposti ad accettare l'insostenibile incertezza del diritto e si ha bisogno di solide verità, è meglio che si scelga un'altra strada, non quella degli studi giuridici.

Ma il mestiere del giurista non è quello di fare il pacere, di mediare tra i due litiganti. Siccome la gente litiga da millenni, e i motivi del conflitto sono più o meno gli stessi, spetta a chi detiene il potere politico, il "legislatore", fissare una volta per tutte regole che indicano la soluzione dei conflitti più tipici. I quasi 3.000 articoli del codice civile fissano altrettanti punti di equilibrio tra gli interessi dei privati; e a ciò si aggiungono migliaia di altre leggi e di soluzioni di altri conflitti: tra privati, tra privati e la collettività, tra privati e l'amministrazione

pubblica... Giuristi, insomma, non si diventa perché si è pazienti e concilianti, ma perché si è studiato e si è capaci di ragionare. E si riesce a vedere oltre alla banalità delle cose.

Tizio viene arrestato, ha le mani insanguinate che stringono un coltello ancora grondante. Non c'è dubbio che sia stato lui a uccidere la vittima, stesa per terra con la gola squarciata. Nelle società tribali – nei film *western* per esempio – la gente ci metterebbe poco ad impiccarlo ad un grosso ramo dell'albero più alto. Ma talvolta capita che qualcuno avanzi timidamente la proposta di portarlo invece davanti a un giudice e sottoporlo a processo. Giudice, difensore, processo... ecco che il diritto s'affaccia e occupa il campo: e rende le certezze discutibili. Anche se non c'è dubbio sull'evento, l'omicidio, e su chi ne sia l'autore, la colpa del preteso assassino è ben diversa a seconda delle circostanze. Se ha ucciso per rapinare la vittima è certo che la corda non gli sarà risparmiata. Ma se invece si dimostra che ha difeso una madre e i suoi bambini dall'aggressione di un serial killer, è possibile che alla fine venga portato in trionfo, non al patibolo. La verità non sta nella "scena del crimine", ma viene ricavata da ciò che si racconta nel processo: non sta nei "fatti", tutti riscontrabili, ma nel "diritto", in un mondo incerto, fatto di ipotesi, di prove di cui si può discutere l'aderenza ai fatti e la rilevanza, di racconti di persone più o meno attendibili. Società non evolute cercavano la verità negli eventi umani o nei segni divini: per cui si torturava l'incolpato finché finalmente non sputava "la verità"; oppure lo si sottoponeva a ordalia, lo si costringeva a sfidare le fiamme, per esempio, così da poter ricavare la verità dall'inappellabile giudizio di Dio. Da tempo non è più così, e la colpa viene decisa a maggioranza da una giuria di uomini, con una decisione che di solito è impugnabile di fronte ad un altro giudice. Da noi sono assicurati tre gradi di giudizio, il che significa che il sistema parte da un presupposto, che ogni giudice possa sbagliare. Il diritto è incertezza.

Se l'incertezza è il punto di partenza, l'argomentazione è la strategia per venirne fuori e giungere ad una conclusione persuasiva. Eppure l'argomentazione non è oggetto degli studi universitari. Rari sono i corsi che se ne occupano specificamente: in genere si sottopongono ad analisi singoli "casi" giudiziari e le sentenze che li hanno risolti; da essi si cerca di ricavare e mettere a confronto le strategie argomentative impiegate. Per lo più l'argomentazione giuridica viene imparata nel corso degli anni attraverso un processo osmotico, cioè con lo studio di testi giuridici e l'esame delle sentenze più significative: il modo di argomentare s'impara così, un po' per imitazione, emulando il linguaggio tecnico, spesso infarcito di termini latini, che non sono (sempre) inutili, ma riassumono concetti e ragionamenti preformati. Si forma così un lessico gergale che è comprensibile solo agli iniziati e respinge tutti gli altri. Come in ogni mestiere, anche nel diritto è necessario apprendere un linguaggio. Quando un

chirurgo in sala operatoria chiede all'assistente un determinato strumento, lo chiama con il suo nome tecnico, non si mette a descriverlo con parole semplici: lo stesso avviene quando un giurista vuole evocare un concetto, un "istituto" ("istituto giuridico" – ci dice il dizionario – indica il complesso di norme che regolano una medesima fattispecie; fattispecie è un concetto-chiave di cui ci dovremo occupare proprio all'inizio del nostro percorso), qualcosa che ha un significato preciso oggi come spesso lo aveva duemila anni fa. Imparare un linguaggio è parte essenziale dell'imparare un mestiere, di ogni mestiere. È quindi un compito dell'insegnamento universitario.

Questo libro non pretende di mutare uno "stile" dell'insegnamento universitario che è accolto e praticato un po' ovunque e che, come si diceva, si basa fondamentalmente sull'apprendimento per "emulazione" dei testi giuridici, delle sentenze, dei commenti. Vuole soltanto tracciare un percorso che si snoda attraverso luoghi tipici dell'argomentazione giuridica. Può servire a chi sta pensando quali studi universitari affrontare e quindi ha bisogno di capire cosa lo aspetta se si iscrive a giurisprudenza; e a chi si è già iscritto ma, messo di fronte a singoli insegnamenti che tra loro non comunicano, ha bisogno di un punto di sintesi che gli faccia capire in che mare si è avventurato e dov'è l'orizzonte.

Il libro inizia partendo dall'esame di singoli casi, ridotti alla loro essenzialità, per mostrare come certe argomentazioni riescano a emergere come strumenti affilati del ragionamento. Ogni argomento ha un titolo e muove da un "fatto" – ciò che è accaduto nella realtà (il corpo della vittima e le mani imbrattate di sangue) – e dalla costruzione di un "caso" – il "fatto" rivestito dai dati normativi che lo possono riguardare (per esempio, l'uccisione di un uomo per difendere la vita di un'altra persona): quindi non più un "fatto" grezzo, ma il fatto ricostruito come problema giuridico. Questo passo necessita dell'indicazione degli elementi normativi – le "leggi" – che servono a fornire al "fatto" una qualificazione giuridica (art. 52 cod. pen.: «*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta*»). Ogni passo si conclude con una sintesi del *ragionamento* emerso nelle decisioni del giudice che ha risolto il caso.

Il lettore potrà trarre utilità dalla lettura di questo libro sia nel senso di restare affascinato dall'"arte" dell'argomentazione giuridica, sia invece nel decidere di salvare la propria vita: perché lo aiuta a capire che non è questa la sua via, se non è disposto a studiare e poi praticare un mestiere in cui nulla è certo. E che però è un mestiere antico, che ha percorso secoli cercando di convincere gli esseri umani che c'è qualcosa di meglio dello scontro fisico e della vendetta personale per superare i conflitti. Come ricorda il primo dei "racconti" che

seguono (nella seconda parte), è nella Bibbia che troviamo una testimonianza estremamente evocativa di come sorga il bisogno di dotare una comunità, anche se non particolarmente evoluta, di regole, di interpreti e di giudici: perché le regole, scritte perché c'è necessità di certezza, non bastano: è necessario che qualcuno le adatti agli infiniti casi della vita. Le regole scritte, per quante esse siano e per quanto sia capace e lungimirante chi le ha dettate (e nel caso della Bibbia non si poteva proprio trovare un legislatore migliore!), guardano all'esperienza passata, non al futuro; guardano a ciò che accade di solito, non alla varietà continua dei casi. C'è qualcosa che non può essere mai risolto, il rapporto tra il testo della legge e i "fatti", sempre diversi e sempre nuovi. La vita sociale sfugge sempre alle gabbie che cerca di costruire il diritto, e se non c'è diritto il conflitto tra gli uomini può esplodere. C'è qualcosa di più antico del bisogno umano di diritto?

Se la lettura delle prime due parti di questo libro non ha definitivamente persuaso il lettore che il diritto non è il suo campo e che altrove deve dirigere i suoi studi, nella terza parte potrà trovare qualche consiglio su come studiare nelle facoltà di giurisprudenza; e anche su come scegliere (potendo scegliere) dove farlo. Dare consigli è un mestiere pericoloso e rischia anche di irritare le persone, quelle che non si riconoscono nelle scelte consigliate. È un pericolo che però si deve correre, se si vuole spiegare agli studenti che si accingono a iniziare gli studi universitari come muoversi in un mondo che non conoscono affatto. È per loro un mondo del tutto nuovo. Senza la pretesa di essere il loro Virgilio, qualche considerazione mi arrischio a formularla, suffragata da quello che ho imparato in tanti anni di esperienza. Scegliere l'ateneo, se si può; scegliere il corso di studi, orientandosi tra materie obbligatorie, facoltative, opzionali; scegliere i corsi da frequentare e capire come farlo; scegliere i libri di testo; scegliere come programmare gli esami; scegliere un metodo di studio e come presentarsi all'esame. Non so se i consigli che sono in grado di offrire siano tutti convincenti, ma di qualche consiglio è certo che affacciandosi all'Università si ha davvero bisogno.

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

COME SI AFFRONTA UN “CASO”

CASO 1

FATTO — Tizio è uno studente fuori sede; vive in un appartamento preso in affitto da Caio, che però vuole fare un accordo “in nero”, senza registrare la locazione. Questa è una circostanza di fatto, che però produce una precisa conseguenza giuridica, come vedremo: la legge, nel (timido) tentativo di scoraggiare l’evasione fiscale causata dagli affitti “in nero”, vieta ai proprietari che non registrano il contratto di locazione di sfrattare l’inquilino. Tizio — studente di giurisprudenza — lo sa e se ne approfitta: non paga l’affitto. Caio è imbufalito, lo aspetta sulle scale, gliene dice di tutti i colori, lo minaccia; ma Tizio non si fa impressionare e continua a non pagare l’affitto. Allora Caio, approfittando dell’assenza di Tizio, gli porta via gli infissi dalla porta d’ingresso dell’appartamento. Tizio — che non ha completato gli studi, evidentemente — lo denuncia per furto. La questione va davanti al giudice penale (il furto è un reato) che condanna Caio in primo e secondo caso. Caio non si dà per vinto e ricorre in Cassazione.

TIZIO, CAIO E SEMPRONIO

Sono tre personaggi immaginari che popolano i racconti e i casi dei giuristi. In altri paesi ci sono personaggi inventati dai nomi altrettanto generici. Da noi Tizio, Caio e Sempronio vengono usati dai giuristi da circa un millennio, da quando li introdusse il grande Irnerio, uno dei fondatori dell’Università di Bologna. E da allora vivono la loro vita quotidiana nelle Facoltà di diritto, e non solo.

Dati normativi

Questi sono gli eventi.

Il primo passo necessario è individuare i *dati normativi* da cui trarre le regole che consentono di trasformare gli eventi (il “fatto”) in un “caso”.

COME SI CERCANO LE LEGGI?

Le leggi vigenti in Italia sono un numero imprecisabile, decine, forse centinaia di migliaia. Per reperirle, il sito più affidabile (non sempre del tutto affidabile, però) è quello ufficiale: www.normattiva.it. In questo sito è possibile consultare anche il testo vigente della legge, con indicazione cioè delle modifiche intervenute successivamente alla sua pubblicazione.

a) La legge 431/1998, «*Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo*». È la disciplina generale che cerca di assicurare un certo

ordine negli affitti, imponendone la “registrazione” da parte del locatore (il “padrone di casa”).

b) Quali sono le conseguenze della mancata registrazione? e quindi come ci si regola per gli affitti “in nero”? La Corte di Cassazione ha detto che il contratto di locazione ad uso abitativo, stipulato senza la forma scritta per volontà del padrone di casa, è affetto da nullità solo se è il conduttore (chi ha preso la casa in affitto) a richiederlo (Cassaz., SS.UU., sent. 18214/2015): «*ove la condizione della forma verbale sia stata imposta dal locatore, il contratto è affetto da invalidità relativa, azionabile dal solo conduttore*» (Cassaz., Sez. III Civ., sent. 9475/2021).

CHE COS'È LA CASSAZIONE?

La Cassazione è l'organo più elevato della magistratura ordinaria e svolge il terzo grado di giudizio. Ha il compito di dare un'interpretazione unitaria delle leggi (c.d. *nomofilachia*), a cui gli altri giudici dovrebbero uniformarsi. Le sue sentenze si possono leggere nel sito della Corte: <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

c) Che cos'è il furto, che l'inquilino “moroso” ha denunciato di aver subito? L'art. 624 del codice penale così lo definisce: «*Furto. Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito...*». Il fatto è che Caio non ruba una cosa di Tizio, ma si porta via i “suoi” infissi... Quindi niente furto.

d) Non finisce però qui. Se Caio non è colpevole di furto è colpevole di qualcos'altro: la Cassazione ce lo spiega citando l'art. 392 cod. pen.: chiunque «*al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito a querela della persona offesa*». È sempre una sanzione penale, ma di ben diversa gravità: una multa fino a euro 516, contro la reclusione da sei mesi a tre anni (e multa da 154 a 516 euro) con cui verrebbe punito il furto.

e) Cosa avrebbe dovuto fare Caio, allora? Avrebbe dovuto agire davanti al giudice civile, rivendicando la sua proprietà e facendo cessare l'occupazione della casa da parte dell'inquilino che si rifiuta di pagare l'affitto pattuito. E, soprattutto, avrebbe dovuto evitare di prendere degli oggetti preziosi a casa di Tizio, perché questo sì è proprio furto!

Ragionamento

Se si vuole trarre una morale da questo caso, potremmo esprimerla con un principio. Anzi due:

a) Nessuno può farsi giustizia da sé. Lo Stato è stato “inventato” per evitare la condizione di generale violenza in cui gli umani rischiano di vivere a causa

della loro aggressività e della facile convinzione di ognuno di avere ragione (*homo homini lupus*: era, secondo Thomas Hobbes, l'immagine dello stato di natura, da cui gli uomini decisero di uscire affidandosi al sovrano e alla sua legge). La certezza dei rapporti è condizionata dal rispetto delle leggi, e di questo si occupano i giudici. Le proprie ragioni si possono difendere solo di fronte al giudice. È vero che le aule giudiziarie sono intasate e la giustizia — quella civile in particolare — è molto lenta: ma questo è la conseguenza del fatto che tutti esagerano le proprie ragioni e non sono propensi a considerare le ragioni degli altri. Per cui il ricorso al giudice civile, che è istituito proprio per risolvere i conflitti tra le persone, è molto frequente.

b) Le leggi sono fatte per regolare i rapporti tra le persone cercando un accettabile punto di equilibrio tra gli interessi in conflitto. Tra proprietario di case e inquilino non c'è un equilibrio "naturale", perché il primo possiede, senza avere bisogno di usarne, un bene fondamentale — la casa — di cui il secondo ha assoluto bisogno. Per cui le leggi tendono a proteggere gli interessi dell'inquilino più di quelli del proprietario: tra essi non vale il *principio di eguaglianza formale* («tutti sono eguali davanti alla legge»), come prescrive il primo comma dell'art. 3 Cost.), ma piuttosto quello di *eguaglianza sociale* (le leggi devono «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», come prescrive il secondo comma dello stesso articolo). Ma ciò non può consentire che un inquilino occupi un alloggio senza pagare l'affitto al proprietario. La casa è un bisogno di cui lo Stato deve interessarsi, ma non dimenticando che anche la proprietà è un diritto tutelato dalla costituzione (art. 43 Cost.). Il punto di equilibrio deve essere fissato dalle leggi dello Stato; e che sia davvero un punto di equilibrio è garantito dalla possibilità che ha ogni giudice, se in un determinato caso lo vede compromesso, di ricorrere alla Corte costituzionale (art. 134 Cost.) chiedendo di ripristinarlo.

GERARCHIA DELLE FONTI

Legge e Costituzione sono entrambe "fonti del diritto", cioè atti ufficiali da cui si traggono le norme giuridiche. Le fonti sono disposte in un ordine gerarchico, in cui alcune si collocano su un livello più elevato perché sono prodotte con un procedimento più complesso che garantisce un maggior controllo da parte dell'opinione pubblica. Il codice penale è una "legge ordinaria", perciò sottoposta alla Costituzione, che sta al vertice della gerarchia. Il rispetto della Costituzione è garantito dall'impugnabilità delle leggi davanti alla Corte costituzionale: art. 134 Cost. (vedi poi).

Termine estratto capitolo

FATTISPECIE E SUSSUNZIONE

CASO 1

FATTO 1 — Prendiamo le mosse dallo stesso “fatto” precedente (PASSO 1), ma qui ci concentriamo su un unico passaggio: il supposto “furto” di un oggetto di cui si è proprietari. La legge penale (art. 624 cod. pen.) configura la *fattispecie* del furto come sottrazione «della cosa mobile altrui... a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri». C'è un *elemento teleologico* (il fine di trarre profitto) che si aggiunge alla descrizione di un *comportamento* (la sottrazione della cosa altrui). Questi due elementi concorrono a configurare la *fattispecie astratta*. Essa viene applicata a tutte le *fattispecie concrete* che possono capitare: cioè in tutti i casi in cui il comportamento concreto di una persona (*fattispecie concreta*) sia «*sussumibile*» in (o “sotto”) la *fattispecie astratta*. Nel nostro caso, il *comportamento concreto* di Caio (il proprietario che “ruba” gli infissi della porta d'ingresso) non è *sussumibile* nella *fattispecie astratta* di furto perché la cosa sottratta appartiene allo stesso Caio: manca un elemento indispensabile a configurare il *fatto* come *furto*.

FATTO 2 — Tizio scrive a un collega una mail contenente espressioni pesantemente offensive nei confronti di Caio: ma la manda, oltre che a Caio, anche ad una decina di persone iscritte alla stessa *mailing-list*.

Dati normativi

Che l'offesa sussista è evidente, le espressioni usate nella mail sono davvero pesanti: il *fatto* è fuori discussione, dunque. Il problema è la sua *qualificazione*: se si tratti di *ingiuria* (art. 594 cod. pen.) o di *diffamazione* (art. 595 cod. pen.). La differenza tra le due *fattispecie astratte* è fondamentale, perché l'art. 594 cod. pen. è stato abrogato, per cui l'*ingiuria* non è più *penalmente* rilevante (potrà dar luogo, semmai, alla richiesta di un *risarcimento del danno* in sede *civile*), mentre la *diffamazione* lo è ancora (si rischia, salve complicazioni, una *condanna* ad anno di reclusione e a una pesante sanzione pecuniaria).

CIVILE O PENALE?

Lo vedremo meglio nella terza parte di questo scritto, parlando dei corsi universitari. Il diritto civile è un ramo del diritto privato e regola i rapporti tra le persone; il diritto penale è un ramo del diritto pubblico e regola i rapporti tra lo Stato e coloro che commettono un reato. Diversi i codici, diverse le procedure, diversi i giudici, diverse le conseguenze delle sentenze. Ma giudici civili e giudici penali fanno parte dello stesso ordine, l'**ordinamento giudiziario**.

Dove sta la differenza tra le due *fattispecie astratte*? La differenza sta essenzialmente in questo: se l'offesa è fatta in presenza dell'offeso (*ingiuria*) o in sua assenza (*diffamazione*). L'offesa diretta a una persona presente costituisce sempre *ingiuria*, anche se sono presenti altre persone (se, per esempio, do dell'imbecille a uno degli "amici" seduti al bar); se invece l'offesa è riferita a una persona "distante", costituisce *ingiuria* solo quando la comunicazione offensiva avviene, esclusivamente, tra autore e destinatario (do dell'imbecille ad uno con cui sto parlando al telefono); l'offesa riguardante un assente comunicata ad altre persone (presenti o distanti), integra sempre la *diffamazione*.

Questa distinzione, elaborata dalla giurisprudenza, è apparentemente chiara, ma si complica in presenza degli strumenti tecnologici attualmente impiegati per comunicare tra più persone. Per riprendere l'esempio da cui siamo partiti, l'invio di una mail al destinatario dell'offesa e agli altri membri della *mailing-list* sotto quale *fattispecie astratta* deve essere sussunta? La Cassazione (V Sez. Pen., sent. 13252/2021) risponde così: l'elemento distintivo è la *presenza* dell'offeso, sia pure solo "in voce" o anche "in video"; la mail viene inviata a soggetti comunque *distanti*, che possono leggerla in momenti diversi senza che sia assicurata la presenza dell'offeso. Ne consegue condanna per *diffamazione*. La Cassazione non ci spiega però perché l'elemento della presenza o della distanza sia così rilevante: qual è la *ratio*? A questa domanda bisognerà rispondere subito.

Ragionamento

La *sussunzione* è un termine che i giuristi hanno tratto dalla logica formale: in essa opera una "macchina logica" che si chiama *sillogismo* che serve a collegare una premessa maggiore (*fattispecie astratta*) a una premessa minore (*fattispecie concreta*), per poi poter giungere a una *conclusione* logicamente inoppugnabile. Qualsiasi cervello, umano o elettronico che sia, crea la sua conoscenza attraverso continui processi sillogistici. Nel diritto il sillogismo serve a *qualificare* i comportamenti umani come leciti/illeciti, traendone le conseguenze previste dall'ordinamento.

Il diritto non si risolve però in un una serie di sillogismi. Lo si è creduto in passato e anche oggi lo crede qualcuno, che si immagina che i computer e l'intelligenza artificiale possano sostituire i giudici nell'amministrazione della giustizia. Non è così: come l'esempio riportato nel FATTO 2 ci mostra, la grande opera dei giuristi, e in particolare dei giudici, sta nella "costruzione" della premessa maggiore (la "norma" che si deve applicare) e della premessa minore (il "fatto" a cui la norma va applicata). Sono processi complicati, che vengono svolti attraverso l'*interpretazione giuridica*, un'arte che s'impara in anni e anni di studio e di applicazione.

GIUDICI E GIURISTI

Quando si parla di “giuristi” si fa riferimento ad una vasta comunità di professionisti che condivide la stessa formazione universitaria, provenendo dalle facoltà di giurisprudenza. Una parte dei giuristi ricopre ruoli entro l’ordinamento giudiziario, sono cioè giudici, a cui è riservato il compito di applicare la legge: sono funzionari dello Stato che, attraverso procedure attentamente disciplinate dalle leggi stessi (i Codici di procedura), applicano le leggi con una forza obbligatoria di cui nessun altro giurista dispone. La loro interpretazione delle leggi “fa stato”. Gli altri giuristi leggono e commentano le sentenze, le criticano, elaborano schemi concettuali che potranno essere utili ai giudici futuri. Lo scambio è sempre molto intenso e proficuo.

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

RATIO LEGIS E ANALOGIA

CASO 1

FATTO — Una ricca signora ritorna a notte fonda nel suo bell'albergo. Portone chiuso. Il custode o qualcuno del personale la intravede e aziona a distanza l'apriporta. Ma dietro alla signora, senza che nessuno se ne accorga, entrano anche alcuni malviventi armati, che la costringono a salire nella sua stanza e la rapinano di tutti i gioielli: non pochi, quasi 200 milioni di vecchie lire. Qual è il problema giuridico? Il problema è che la signora chiede all'albergo di rispondere del furto subito. Il giudice di primo grado le dà ragione, ritenendo che l'uso della normale diligenza da parte dell'albergatore e dei suoi ausiliari avrebbe impedito l'ingresso dei malviventi. Ma in appello la decisione viene rovesciata e la questione arriva in Cassazione. Lì la signora perde la causa: perché?

Dati normativi

Il codice civile dedica un'intera sezione al deposito in albergo e alla responsabilità dell'albergatore. Non si parla però di rapina effettuata nell'albergo. Definendo la responsabilità dell'albergatore, l'art. 1785 cod. civ. la esclude quando «la sottrazione» dei beni dell'ospite sia dovuta «a forza maggiore»: la rapina può essere considerata «forza maggiore»?

Nessun articolo del codice risponde a questa domanda. C'è dunque una *lacuna* nella disciplina, constatando la quale la Cassazione procede per *analogia*: cioè cerca una regola che si applica ad un caso simile e la estende a quello che deve decidere. Il caso simile è quello della rapina dei beni affidati ad un trasportatore, che è purtroppo un caso molto frequente (mentre la rapina in albergo non lo è affatto): l'art. 1693 cod. civ. — dice la Cassazione — esclude la responsabilità del trasportatore per la perdita delle cose affidategli se essa è dovuta «ad un evento a lui non imputabile o a caso fortuito»; la norma è generalmente interpretata nel senso che la rapina ricada nelle ipotesi di esclusione della responsabilità di chi aveva in custodia i beni per il trasporto. Perciò — conclude la Cassazione estendendo per *analogia* la esenzione della responsabilità del trasportatore alla responsabilità dell'albergatore — «anche la sottrazione, compiuta con violenza o minaccia, delle cose portate dal cliente nell'albergo può qualificarsi come forza maggiore, non imputabile all'albergatore e idonea ad escludere la sua responsabilità» (Cassaz. civ. III, sent. 18651/2003). Stessa *ratio*, stessa disciplina.

CASO 2

FATTO — Un taxista veneziano procedeva per il Canal Grande a 11 km/ora, violando il limite posto in quel tratto di 7 km/ora. Viene “pizzicato” dal telelaser e pesantemente multato. Ricorre al giudice ordinario che gli dà ragione, ritenendo di applicare per *analogia* il Codice della strada, che prevede una “tolleranza strumentale” di 5 km/ora.

Dati normativi

La circolazione nei canali di Venezia è disciplinata dal *Regolamento per la circolazione acquea nel Comune di Venezia*. In esso si prevede che vi sia una tolleranza di 2 km/ora sulla misurazione effettuata dal telelaser, ma non è riprodotta la regola della “tolleranza strumentale” del 5% (con una tolleranza minima di 5 km/ora) accolta nel codice della strada. I giudici di primo e secondo grado ritengono che vi sia una *lacuna* nella regolamentazione comunale e che perciò si debba applicare per *analogia* l’art. 345 del regolamento di esecuzione del codice della strada, che prevede appunto che la velocità dei veicoli rilevata attraverso gli apparecchi elettronici debba essere ridotta del 5% per assicurare l’attendibilità del risultato tecnico e ad evitare di sanzionare condotte concrete violazioni minime difficilmente percepibili dal conducente. Ma la Cassazione (Cassaz. civ. II, sent. 19928/2022) respinge questa argomentazione dei giudici veneziani: premesso che «il ricorso all’**analogia** è consentito solo a condizione che manchi nell’ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda necessario, quindi, porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti non colmabile in sede giudiziaria», la Cassazione nega che in questo caso vi sia una *lacuna* nella disciplina che deve essere colmata ricorrendo ad una norma analoga in vigore; semplicemente il Regolamento comunale prevede un limite di velocità preciso, e questa è la norma da applicare. I due limiti di velocità, infatti, non sono accomunati dalla stessa *ratio*. Il limite di velocità nei canali veneziana è dettata da ragioni diverse da quella prevista dal codice della strada: non ci sono soltanto motivi di sicurezza (com’è nella circolazione stradale), ma anche l’esigenza di limitare i danni provocati dall’onda generata dal movimento del natante. Se la *ratio* è diversa, i due casi, benché simili (riguardano pur sempre apparecchiature di controllo del rispetto del limite di velocità), *non sono analoghi*. Infatti l’analogia opera soltanto se due situazioni sono simili anche per gli interessi che esse perseguono, per la loro *ratio*.

Ragionamento

L’analogia è uno degli strumenti più potenti con cui l’interprete elabora nuove norme: norme, cioè, che non si riferiscono a casi espressamente previsti

dalla legge, ma sono necessarie per riempire le c.d. *lacune*. Il principio che spinge il giudice ad operare l'analogia è il «*divieto di denegare giustizia*». Negli ordinamenti moderni la mancanza di una norma espressa non può giustificare il rifiuto del giudice di rispondere alla domanda posta da una persona: potrà rispondergli che la sua domanda non può essere accolta perché non c'è una norma legislativa che la sostiene; ma così risponde nel merito della domanda stessa, rigettandola perché "infondata", priva cioè di un supporto normativo; oppure potrà accogliere la domanda ragionando per analogia, cioè estendendo un norma presente nell'ordinamento per un caso simile (*analogia legis*) o applicando un principio generale a cui anche il suo caso è riferibile (*analogia iuris*).

L'analogia è uno strumento che consente all'ordinamento giuridico di affrontare l'innovazione. Quando incominciarono a volare gli aerei, e a trasportare cose e persone, non esisteva ancora una legge sulla navigazione aerea: la realtà precede sempre il diritto, cioè la sua regolazione. Per cui si provvide applicando per analogia le norme sulla navigazione marittima. Alla posta elettronica si applicarono le garanzie della corrispondenza tradizionale; ai giornali *on line* si estende parte delle norme sulla stampa, «*in quanto applicabili*»; ecc. Inoltre, il ragionamento per analogia fornisce la base su cui si sviluppa il *giudizio di eguaglianza*, che non è un mezzo di interpretazione delle leggi, ma un potente strumento di controllo della loro legittimità (vedi poi PASSO 5).

L'ART. 12 DELLE "PRELEGGI"

Il codice civile in vigore inizia con le **Disposizioni preliminari** (c.d. **Preleggi**), che riguardano l'intero ordinamento, cioè le "fonti" dell'ordinamento e la loro applicazione. Sono norme che precedono l'entrata in vigore della Costituzione (il codice è del 1941, la Costituzione del 1948), per cui sono almeno in parte superate, specie dove si occupano di argomenti che sono tipicamente "costituzionali" (il "riconoscimento" delle fonti e la loro disciplina; il rapporto tra la legge e il giudice). Da sempre si è molto dubitato della loro efficacia (gli interpreti male accettano che il legislatore dica come devono svolgere il loro mestiere di interpretare le "sue" leggi).

L'art. 12.2, in particolare, fissa il **divieto di denegare giustizia**: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Vedremo applicazioni dei principi generali in alcuni drammatici "racconti" della seconda parte.

Termine estratto capitolo